

23-2017

# *//* **Massimario**

## **Appalti & Contratti**

Direttore  
**Avv. Alessandro Massari**

Massime a cura di  
**Ornella Cutajar e Alessandro Massari**

con la collaborazione di  
**Maurizio Greco e Carla Ragionieri**



È consentita la stampa e la copia per uso esclusivamente personale.

**Copyright 2016 by Maggioli S.p.a**

Redazione: [appaltiecontratti@maggioli.it](mailto:appaltiecontratti@maggioli.it)

Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.

Azienda con sistema di qualità certificata ISO 9001:94

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) – Via del Carpino, 8

Tel 0541 628111 – Fax 0541 622060

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i paesi.

# SOMMARIO 23-2017

## Consiglio di Stato

|   |    |
|---|----|
| Gare elettroniche - Offerta in file illeggibile<br>Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3042 .....   | 5  |
| Bando di gara - Impugnazione tempestiva clausole escludenti<br>Consiglio di Stato sez. V 26/6/2017, n. 3110 .....                                     | 6  |
| Oneri sicurezza aziendale<br>Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3038 .....   | 7  |
| Ricorso contro esclusione o aggiudicazione provvisoria e impugnazione aggiudicazione definitiva<br>Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3046 ..... | 8  |
| Violazione o elusione del giudicato<br>Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3035 .....   | 9  |
| Specifiche tecniche - Offerta di prodotto equivalente<br>Consiglio di Stato sez. V 14/6/2017, n. 2902 .....   | 10 |
| Costituzione di ATI successiva alla fase di prequalificazione - RTP e giovane professionista<br>Consiglio di Stato sez. V 14/6/2017, n. 2896 .....    | 12 |
| Concessione gestione servizio gioco del lotto<br>Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2808 .....   | 12 |
| Soccorso istruttorio e irregolarità del PEF<br>Consiglio di Stato sez. III 14/6/2017, n. 2930.....  | 17 |
| Avalimento<br>Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2977 .....   | 17 |
| Confronto a coppie - 'Soluzioni progettuali migliorative' e 'varianti migliorative'<br>Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2969 .....            | 18 |
| Soccorso istruttorio su singola voce prezzario<br>Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2973 .....   | 20 |

## TAR

|   |    |
|---|----|
| Verbalizzazione Commissione giudicatrice<br>TAR Friuli Venezia Giulia sez. I 24/6/2017, n. 219 .....  | 21 |
| Affidamento servizi legali<br>TAR Puglia Lecce 31/5/2017, n. 875 .....  | 21 |
| Punteggio numerico - Criteri di valutazione- Principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza<br>TAR Liguria sez. II 23/6/2017, n. 559 ..... | 23 |
| Gravi illeciti professionali<br>TAR Valle d'Aosta 23/6/2017, n. 38 .....  | 24 |
| Offerte anomale<br>TAR Umbria sez. I 16/6/2017, n. 457 .....  | 25 |
| Tassatività delle cause di esclusione - Cauzione provvisoria<br>TAR Lazio Roma sez. II ter 21/6/2017, n. 7206 .....                                       | 26 |
| Risarcimento del danno<br>TAR Lazio Roma sez. III ter 21/6/2017, n. 7234 .....  | 28 |
| Affidabilità professionale - Avvalimento requisito qualità<br>TAR Sicilia Catania sez. III 20/6/2017, n. 1486 .....                                       | 30 |
| Risarcimento del danno e spese di partecipazione alla gara<br>TAR Lazio Roma sez. III quater 21/6/2017, n. 7205 .....                                     | 31 |
| Accesso agli atti<br>TAR Puglia Bari sez. III 20/6/2017, n. 679 .....   | 32 |
| Valutazione offerte tecniche - Punteggio numerico - Integrazione criteri motivazionali<br>TAR Liguria sez. II 14/6/2017, n. 524 .....                     | 33 |
| Offerte a pari merito - Esperimento migliororia<br>TAR Sicilia Catania sez. IV 16/6/2017, n. 1454 .....   | 34 |
| Diritto all'accesso - Interesse giuridicamente rilevante<br>TAR Puglia Bari sez. III 16/6/2017, n. 677 .....  | 34 |

## Corte di Giustizia Europea

|   |    |
|---|----|
| Cessione d'azienda in ipotesi di fallimento<br>Corte di Giustizia Europea sez. III 22/6/2017, n. C-126/16 ..... | 36 |
| Energia prodotta da fonti rinnovabili<br>Corte di Giustizia Europea sez. II 22/6/2017, n. C-549/15 .....        | 36 |

# 5 Consiglio di Stato

## **Gare elettroniche - Offerta in file illeggibile**

Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3042

**Contratti pubblici - Procedura elettronica - Offerta contenuta in file illeggibile - Esclusione - Legittimità - Fattispecie**

La sottoscrizione dell'offerta assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico.

La giurisprudenza di questa Sezione è unanime nel ritenere che la garanzia di una sicura provenienza dell'offerta riposa in modo imprescindibile sulla sottoscrizione del documento contenente tale manifestazione di volontà, poiché con essa l'impresa partecipante fa propria la dichiarazione contenuta nel documento», vincolandosi alla stessa ed assumendo le conseguenti responsabilità (Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1195). Pertanto, la mancanza della sottoscrizione inficia irrimediabilmente la validità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, legittimando l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella lex specialis (in questo senso, da ultimo, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

Nel caso di specie, la stazione appaltante non poteva far altro che escludere l'offerta presentata a nome del costituendo R.T.I. composto dalle parti appellanti, difettando l'offerta economica di sottoscrizione poiché una delle conseguenze derivate dalla corruzione del "file" contenente la dichiarazione della stessa, nonché le altre dichiarazioni richieste dal Disciplinare, che costituiva il documento attraverso il quale parte appellante aveva inteso formalizzarla, è che detto documento risulta non sottoscritto in quanto fra le parti illeggibili dello stesso vi erano anche le sottoscrizioni digitali che erano state apposte in calce ad esso.

E' pur vero che, all'esito della Verificazione svolta in corso di causa, sul "file" in questione sono state rinvenute "tracce di firme digitali" costituite da alcuni dati numerici che fornirebbero riferimenti temporali corrispondenti in tutto e per tutto a quelli presenti sul file matrice. Tuttavia, detti dati numerici, peraltro anche incerti quanto a valore dimostrativo dei riferimenti temporali predetti, possono fornire indicazioni attendibili in merito alla data e al momento in cui è stata apposta ciascuna sottoscrizione ma non valgono a fornire alcuna indicazione riguardo alla provenienza delle sottoscrizioni, il che costituisce elemento essenziale della firma anche in formato digitale.

# 6 Consiglio di Stato

Le tracce che appaiono sul “file”, come chiarito in sede di verifica, non si riferiscono in alcun modo agli elementi identificativi di chi ha apposto ciascuna sottoscrizione, né agli elementi identificativi del certificato qualificato utilizzato per la sottoscrizione digitale dello stesso che ne costituiscono elementi fondamentali ex art. 24 d.lgs. n. 82-2005.

Deve essere escluso che le ulteriori carenze che connotavano il “file” corrotto, concernenti elementi essenziali dell’offerta, potessero essere superate ricavando detti elementi dal contenuto degli altri documenti che erano stati caricati sulla Piattaforma Digitale utilizzata dalla stazione appaltante per l’espletamento della gara. Infatti, una tale operazione ricostruttiva non può compiersi laddove, come nel caso di specie, alla rettifica non si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, attingendo a fonti di conoscenza estranee all’offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell’offerente.

Seguendo la tesi di parte appellante, in realtà, la stazione appaltante avrebbe dovuto farsi carico non di ricostruire ma di stabilire quale fosse il contenuto dell’offerta Economica, in modo all’evidenza inammissibile.

Inoltre, imporre alla commissione di compiere un’attività di ricostruzione e rinvenimento aliunde di tali elementi fondamentali implicherebbe in primo luogo, come correttamente rilevato dal TAR, riconoscere al modello allegato funzione di mero documento di riepilogo e sintesi di volontà negoziali contenute altrove; tale impostazione finirebbe però per rendere priva di significato procedimentale la dichiarazione di offerta in sé, con disapplicazione della stessa *lex specialis* che aveva invece stabilito che questa fosse espressa e contenuta nel Modello dichiarazione offerta economica.

## **Bando di gara - Impugnazione tempestiva clausole escludenti**

Consiglio di Stato sez. V 26/6/2017, n. 3110

### **Contratti pubblici - Bando di gara - Clausole escludenti - Onere d’immediata impugnazione**

La giurisprudenza da tempo assume che sussiste l’onere d’immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole di loro impeditive dell’ammissione dell’interessato alla gara, o anche solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per

# 7 Consiglio di Stato

eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. In siffatti casi già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (da ultimo Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92; V, 20 novembre 2015, n. 5296; V, 6 giugno 2016 n. 2359). (\*)

-----  
(\*) Riforma della sentenza del Tar Lazio-Roma, Sez. II, n. 9952 del 2016

## **Oneri sicurezza aziendale**

Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3038

**1. Contratti pubblici - Oneri sicurezza aziendale - Gare bandite anteriormente all'entrata in vigore dlgs. 50/2016 - Sentenza a.p. n.19/2016 - Obbligo di indicazione non specificato dalla lex specialis - Regolarizzazione - Va disposta**

**2. Contratti pubblici - Appalti di servizi all. IIb dlgs. 163/2006 - Disciplina applicabile ex art. 20, c.1, dlgs. 163/2006 - Individuazione**

1. L'Adunanza Plenaria n. 19-2016 ha stabilito che per tutte le gare "bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio".

Tale sentenza ha, nella sostanza, anticipato l'orientamento della Corte di Giustizia che, con Ordinanza 10 novembre 2016, C-140-2016, ha affermato che "Il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori,

il Massimario di Appalti&Contratti 23-2017

# 8 Consiglio di Stato

di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti".

Pertanto, per l'automatica esclusione dalla gara, senza la previa verifica dell'anomalia dell'offerta, risulta necessaria la previsione nella lex specialis della sanzione dell'esclusione in caso di violazione dell'obbligo dell'indicazione dei costi di sicurezza.

2. Gli appalti di servizi rientranti nel novero di quelli elencati nell'allegato IIB, sottostanno soltanto alla disciplina di cui all'art. 20 d.lgs. n. 163-2006 (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 747); infatti, l'uso dell'avverbio "esclusivamente", vincola l'interprete a ritenere applicabili alle procedure di affidamento degli appalti di servizi di cui all'Allegato II B solo gli art.65, 68 e 225, in quanto ivi espressamente richiamati, con la conseguenza che la stazione appaltante non può in alcun modo ritenersi obbligata al rispetto di regole diverse da quelle cristallizzate nelle predette disposizioni (Consiglio di Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2846) e con l'ulteriore corollario dell'illegittimità di provvedimenti eventualmente adottati in ossequio a norme diverse da quelle testualmente indicate all'art. 20 d.lgs. cit. (Consiglio di Stato, sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2853).

## **Ricorso contro esclusione o aggiudicazione provvisoria e impugnazione aggiudicazione definitiva**

Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3046

**Contratti pubblici - Ricorso contro esclusione o aggiudicazione provvisoria - Mancata impugnazione aggiudicazione definitiva – Improcedibilità**

Un consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo di discostarsi, afferma che il ricorso contro il provvedimento di esclusione dalla gara o contro quello di aggiudicazione provvisoria diviene improcedibile nel caso in cui divenga inoppugnabile l'aggiudicazione definitiva successivamente intervenuta, perché solo



# 9 Consiglio di Stato

con questa si conclude il procedimento concorsuale (cfr, fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 25/5/2017, n. 2458; 22/5/2015, n. 2568; 13/5/2013, n. 2578; 8/9/2008 n. 4241 e 2/9/2005 n. 4472; Sez. IV, 7/4/2015, n. 1769; 7/11/2014, n. 5497).

## **Violazione o elusione del giudicato**

Consiglio di Stato sez. V 21/6/2017, n. 3035

**Giustizia amministrativa - Vizio di violazione o elusione del giudicato - Nuova attività posta in essere dall'amministrazione dopo la formazione del giudicato - Fattispecie in materia di rinnovata valutazione tecnico-discrezionale**

Affinché possa ravvisarsi il vizio di violazione o elusione del giudicato non è sufficiente che la nuova attività posta in essere dall'Amministrazione dopo la formazione del giudicato alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronuncia passata in giudicato, essendo necessario che l'Amministrazione eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, in contrasto con il puntuale contenuto precettivo del giudicato amministrativo, circostanza che non si è verificata nel caso di specie (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 899 e Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3439).

In effetti, il giudicato di annullamento per vizi sostanziali, di atti emanati nell'esercizio di una funzione connotata da discrezionalità tecnica, la reiterazione dell'attività dà luogo a violazione o elusione del giudicato solo qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute.

Riaperta la fase di esame delle offerte, per effetto della sentenza del TAR, la Commissione può riesaminare il procedimento di gara già espletato, anche riaprendolo per emendarlo da errori commessi e da illegittimità verificatesi, ed anche in relazione all'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2009, n. 7042).

## **Specifiche tecniche - Offerta di prodotto equivalente**

Consiglio di Stato sez. V 14/6/2017, n. 2902

**1. Appalti pubblici - Gara - Offerta di prodotto equivalente - Idoneità - Dimostrazione - Spetta all'offerente - Mancanza - Esclusione dalla gara – Legittimità**

**2. Appalti pubblici - Gara - Verifica di prodotto equivalente offerto - Affidata al progettista - Conflitto di interessi - Esclusione**

1. La certificazione europea della serie EN, così come le certificazioni di qualità, è preordinata ad assicurare, in funzione di garanzia qualitativa di un determinato livello di esecuzione dell'intero rapporto contrattuale, l'idoneità del prodotto rispetto ad un preciso e determinato livello di prestazione e/o caratteristica tecnica, accertata da un organismo esterno qualificato (organismo di certificazione) e secondo parametri rigorosi definiti a livello europeo, mediante attestazione che il prodotto (o il processo produttivo o il servizio) risulta conforme ai requisiti fissati da norme tecniche, garantendone la validità nel tempo attraverso adeguata attività di sorveglianza. La mancata produzione in gara della certificazione richiesta legittima di per sé l'esclusione dalla gara del concorrente, poiché il suo prodotto non offre quel livello di garanzia certificata, che è essenziale per la buona riuscita dell'appalto e dell'esecuzione dell'opera, nell'interesse della generalità dei consociati e non certo nell'interesse delle imprese che partecipano alla gara. Peraltro, l'eventuale equivalenza del prodotto va dimostrato in modo adeguato sempre in fase di gara e non può pertanto essere fornita in corso di giudizio, dovendo avvenire in corso di gara, atteso che, altrimenti le esigenze di celerità e certezza del procedimento di gara, sarebbero frustrate dalla ipotetica facoltà dell'aggiudicatario di costringere l'Amministrazione a tenere in piedi sine die per l'esame della documentazione la struttura organizzativa predisposta per la gara fino all'esito di tutti i ricorsi giurisdizionali. Peraltro, tale rilievo è coerente con la stessa funzione giurisdizionale, che non consiste nel amministrare e gestire una gara pubblica, bensì nel verificare che detta gara si sia svolta nel rispetto di tutti i requisiti di legittimità (secondo quanto contestato in giudizio, ovviamente). Nel caso in esame, soltanto un'eventuale produzione, da parte dell'appellante, della certificazione EN 545:2010 anche dopo la fase di presentazione delle offerte, ma prima della conclusione della gara sarebbe da ritenersi tempestiva ed ammissibile, non certo l'avvenuta dimostrazione in giudizio (avanti al TAR) da parte della appellante, , ammesso che vi sia stata, di quanto richiesto, dimostrazione che è dunque inammissibile e, quindi, esime la Sezione da un riscontro specifico della rispondenza di tale produzione alle specifiche richieste dal Capitolato.

2. Non è vietato, per l'amministrazione aggiudicatrice, incaricare il progettista ad effettuare la verifica di equivalenza di un prodotto offerto in gara non essendo ravvisabile alcun conflitto di interesse, non essendo individuabile un interesse personale del progettista dell'opera, anche solo potenzialmente divergente rispetto a quello pubblico perseguito dall'Amministrazione. Infatti, l'art. 6-bis («conflitto di interessi») della l. 241-1990, introdotto dall'art. 1, comma 41, L. n. 190-2012, ai sensi del quale «il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale non può applicarsi quando, come nella specie, ci si trovi di fronte ad interessi che non sono in conflitto, ma sono convergenti in quanto volti alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione: anzi, il contributo del progettista si rivela essenziale per la finalità di un'ideale ed approfondita istruttoria, poiché con il suo apporto l'Amministrazione può verificare, nell'interesse dell'Amministrazione stessa ed in modo circostanziato sotto il profilo tecnico, l'inefficienza del prodotto offerto. Al riguardo, si deve inoltre rilevare che l'art. 68 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si occupa delle "specifiche tecniche" e stabilisce al comma 1 che " le specifiche tecniche definite al punto 1 dell'allegato VII figurano nei documenti di contratto , quali il bando di gara, il capitolato d'oneri o i documenti complementari" . Lo stesso articolo poi al comma 4 prevede espressamente che " Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche di cui al comma 3 lettera a), le stazioni appaltanti non possono respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non sono conformi alle specifiche alle quali hanno fatto riferimento, se nella prova offerta l'offerente prova in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche". È indubbio che con le disposizioni sopra indicate il legislatore allorché le offerte tecniche devono recare per la loro idoneità degli elementi corrispondenti a specifiche tecniche ha inteso introdurre ai fini della valutazione del prodotto offerto dal soggetto concorrente il criterio dell'equivalenza, nel senso cioè che non vi deve essere una conformità formale, ma sostanziale con le specifiche tecniche nella misura in cui dette specifiche vengono in pratica comunque soddisfatte. In altri termini occorre verificare se negli elementi che connotano l'offerta tecnica si ravvisa una conformità di tipo funzionale alle specifiche tecniche, senza che quindi si faccia luogo ad un criterio di inderogabile corrispondenza a dette specifiche.

## **Costituzione di ATI successiva alla fase di prequalificazione - RTP e giovane professionista**

Consiglio di Stato sez. V 14/6/2017, n. 2896

**1. Contratti pubblici - ATI - ATI successiva alla fase di prequalificazione - Validità della costituzione - Va giudicata con riferimento al momento della formulazione dell'offerta**

2. Contratti pubblici - Servizi di progettazione - RTP - Giovane professionista partecipante come progettista - Non è soggetto alle percentuali minime ex art. 261, c.7, Dpr 207/2010 - Non è richiesta partecipazione in veste di socio del RTP sufficienza mero rapporto di collaborazione professionale o dipendenza

1. La validità della costituzione di un'ATI va giudicata solo con riferimento al momento della formulazione dell'offerta, per cui sono legittime le offerte congiuntamente presentate da imprese appositamente e tempestivamente raggruppate, singolarmente invitate, anche allorquando la loro costituzione in ATI sia intervenuta dopo la fase di prequalificazione.

2. Nei raggruppamenti temporanei partecipanti a gare di progettazione, la figura del giovane ingegnere partecipante come progettista, imposta dall'art. 253, comma 5, d.P.R. n. 207 del 2010 non è soggetta all'applicazione dell'art. 261, comma 7, dello stesso testo sulle percentuali minime di possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai mandanti e ai mandatarî. La legge non richiede che la presenza del "giovane progettista" assuma la connotazione di una partecipazione in veste di socio del R.T.P. ma è sufficiente che essa si manifesti in un mero rapporto di collaborazione professionale o di dipendenza.

## **Concessione gestione servizio gioco del lotto**

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2017, n. 2808

**Affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato - Limiti - Compatibilità con il Trattato UE - Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE**

Devono essere rimesse alla Corte di giustizia dell'UE le seguenti questioni pregiudiziali ex art. 267 del TFUE:

a) "se il diritto dell'Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà

di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina come quella posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti attuativi, che prevede un modello di concessionario monoproducing esclusivo in relazione al servizio del gioco del Lotto, e non già per altri giochi, concorsi pronostici e scommesse”;

b) “se il diritto dell’Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - debba essere interpretato nel senso che osta ad un bando di gara che prevede una base d’asta di gran lunga superiore ed ingiustificata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, del tipo di quelli previsti dai punti 5.3, 5.4, 11, 12.4 e 15.3 del capitolato d’oneri della gara per l’assegnazione della concessione del gioco del Lotto”;

c) “se il diritto dell’Unione - e, in particolare, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi nonché e la direttiva 2014/23/UE, nonché i principi di non discriminazione, trasparenza, libertà di concorrenza, proporzionalità e coerenza - deve essere interpretato nel senso che osta ad una disciplina che prevede l’imposizione di un’alternatività di fatto fra divenire assegnatari di una nuova concessione e continuare ad esercitare la libertà di prestazione dei diversi servizi di scommessa su base transfrontaliera, alternatività del tipo di quella che discende dall’art. 30 dello Schema di Convenzione, così che la decisione di partecipare alla gara per l’attribuzione della nuova concessione comporterebbe la rinuncia all’attività transfrontaliera, nonostante la legittimità di quest’ultima attività sia stata riconosciuta più volte dalla Corte di Giustizia”. (1)

-----  
(1) I. - Il rinvio pregiudiziale è stato occasionato da una controversia avente ad oggetto l’affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del Lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa, in attuazione dell’art. 1, comma 653, della legge n. 190-2014 che ha imposto all’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli l’indizione di una procedura di selezione aperta, previa pubblicazione di un bando di gara.

Le società ricorrenti in primo grado hanno impugnato il bando dolendosi della scelta di indire la gara secondo il c.d. modello monoproducing esclusivo, che le avrebbe, a loro di dire, escluse di fatto dalla procedura selettiva, unitamente a molti altri operatori del settore, riservando la partecipazione alla procedura stessa solo al concessionario uscente (la società Lottomatica Spa) o, a tutto concedere, ad un ristretto

# 14 Consiglio di Stato

numero di operatori di dimensioni straordinariamente elevate. Le società ricorrenti non hanno partecipato alla gara, contestando radicalmente la scelta del modello monoproducing che, unitamente alle clausole immediatamente escludenti previste dalla *lex specialis*, avrebbe reso, a loro dire, impossibile presentare la domanda di partecipazione.

La V sezione del Consiglio di Stato, adita per la riforma della sentenza di prime cure che aveva confermato la legittimità del bando, ha ritenuto di sottoporre alla Corte di giustizia UE le questioni interpretative indicate nella massima in epigrafe e prospettate dalle ricorrenti in primo grado e successivamente reiterate con l'atto di appello.

Il collegio remittente dubita, in particolare, che la disciplina posta dall'art. 1, comma 653, della legge di stabilità 2015 e dai relativi atti applicativi possa porsi in contrasto con il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi, riconosciuti e garantiti dagli articoli 49 e ss. e 56 e ss. del TFUE, perché:

- a) prevede - a differenza della disciplina relativa ad altri giochi, concorsi a pronostici, videolotterie e scommesse - un modello monoproducing esclusivo, anziché multiproviding non esclusivo, così ostacolando l'accesso al mercato di nuovi operatori;
- b) tale scelta contrasterebbe con il principio di uguaglianza, consacrato nell'art. 3 Cost., poiché attraverso la previsione di un modello monoproducing verrebbe riservata al concessionario del servizio del gioco del Lotto una condizione più favorevole rispetto a quella dei soggetti attivi in altri settori caratterizzati da un modello multiproviding; tale disparità di trattamento non sarebbe sorretta da una congrua giustificazione, perché l'obiettivo di tutela dell'ordine pubblico e dei consumatori potrebbe essere ugualmente realizzato attraverso un modello multiproviding;
- c) inoltre il modello monoproducing contrasterebbe con i principi costituzionali della libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., e di concorrenza, di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., perché la contesa per la concessione risulterebbe sottratta al libero mercato, in modo da agevolare il concessionario uscente, atteso che i criteri di selezione del concessionario risulterebbero strutturati in modo tale da rendere possibile soltanto al concessionario uscente e ad un numero ristretto di operatori di grandissime dimensioni di aggiudicarsi la concessione;
- d) la base d'asta (pari a 700 milioni di euro) sarebbe irragionevole e sproporzionata rispetto ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi oggettivamente necessari a gestire il servizio; l'effetto di un tale scelta sarebbe quello di riservare di fatto la partecipazione alla gara ad un numero ristretto di operatori;
- e) inoltre la *lex specialis* si caratterizzerebbe per la previsione di condizioni e requisiti speciali che eccedono le obiettive necessità operative e organizzative della concessione.

- II. - Sulla disciplina normativa della raccolta delle scommesse si segnala per completezza:
- f) Corte just. UE sez. II, 8 settembre 2016, C-225/15 Politanò (secondo cui «La direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e, in particolare, il suo articolo 47 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale che disciplina il rilascio di concessioni nel settore dei giochi d'azzardo, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, non rientra nel loro ambito di applicazione. L'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una disposizione nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che impone agli operatori che intendono rispondere ad una gara diretta al rilascio di concessioni in materia di giochi e di scommesse l'obbligo di comprovare la propria capacità economica e finanziaria mediante dichiarazioni rilasciate da almeno due istituti bancari, senza ammettere la possibilità di dimostrare tale capacità anche in altro modo, sempreché la disposizione di cui trattasi sia conforme ai requisiti di proporzionalità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»);
  - g) Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 1 giugno 2016, n. 2334 (che ha rimesso alla Corte di Giustizia UE, tra le altre, la questione se le disposizioni ed i principi di cui agli articoli 26 - Mercato interno - 49 - Diritto di stabilimento - 56 - Libertà di prestazione dei servizi - 63 - Libertà di circolazione dei capitali - del Trattato FUE e 16 - Libertà d'impresa - della Carta dei diritti fondamentali UE, il generale principio del legittimo affidamento - che "rientra tra i principi fondamentali dell'Unione", come affermato dalla Corte di Giustizia con sentenza 14 marzo 2013, causa C-545/11 - ostino alla adozione ed applicazione di una normativa nazionale - art. 1, co. 78, lett. b), nn. 4, 8, 9, 17, 23, 25, della legge n. 220/2010 - che sancisce, anche a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito, nuovi requisiti ed obblighi per il tramite di un atto integrativo della convenzione già in essere e senza alcun termine per il progressivo adeguamento);
  - h) Cass. civ., sez. III, 31 marzo 2016, n. 6219, secondo cui «<<In materia di giochi e scommesse collegati a manifestazioni sportive di società affiliate al Coni, il cui esercizio è affidato a concessionari (nella specie, giocate multiple su partite del campionato di calcio), né tale ente, né la società Coni servizi, subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi facenti capo al primo, possono essere chiamati a rispondere dell'inadempimento contrattuale del concessionario verso gli scommettitori>>;



- i) Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56, in Foro it., 2015, I, 1903, secondo cui << È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, 79° comma l. 13 dicembre 2010 n. 220, nonché dei precedenti comma 77 e 78, in quanto richiamati dal 79° comma nella parte in cui prevede l'aggiornamento dello schema-tipo di convenzione accessiva alle concessioni per l'esercizio e la raccolta non a distanza, ovvero comunque attraverso rete fisica, dei giochi pubblici, in modo che i concessionari siano dotati dei nuovi «requisiti» e accettino i nuovi «obblighi» prescritti e che i contenuti delle convenzioni in essere siano adeguati a tali «obblighi», in riferimento agli art. 3, 41, 1° comma, e 42, 3° comma, cost.>>;
- j) Corte cost., 20 novembre 2013, n. 275, in Foro it., 2014, I, 349, secondo cui <<È incostituzionale l'art. 10, 5° comma, lett. b), d.l. 2 marzo 2012 n. 16, convertito, con modificazioni, in l. 26 aprile 2012 n. 44, nella parte in cui stabilisce in via equitativa, relativamente alle quote di prelievo di cui all'art. 12 d.p.r. 8 aprile 1998 n. 169, una riduzione non superiore al cinque per cento delle somme ancora dovute dai concessionari «storici», con individuazione delle modalità di versamento delle relative somme e adeguamento delle garanzie fideiussorie>>;
- k) Cass. pen., sez. III, 18 marzo 2013, n. 12630 e 16 luglio 2012, n. 28413, in Foro it., 2013, II, 260, secondo cui <<La norma penale che sanziona l'esercizio abusivo dell'attività di giuoco o di scommessa contrasta con i principi della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e deve, pertanto, essere disapplicata, quando la raccolta delle scommesse sia svolta, in assenza della prescritta autorizzazione di pubblica sicurezza, per conto di un allibratore straniero al quale sia stata revocata la necessaria concessione per motivazioni non conformi al diritto dell'Unione europea (nella specie, perché basata sulla gestione di attività di giuoco transfrontaliere, contrastante con lo schema di convenzione tra l'amministrazione autonoma dei monopoli dello stato e l'aggiudicatario della concessione)>>;
- l) T.a.r. per il Piemonte, sez. II, ordinanza 24 aprile 2013, n. 528, in Foro it., 2013, III, 492 secondo cui << Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 42 e 50, 7° comma, d.leg. 18 agosto 2000 n. 267, nella parte in cui determinano una situazione di assenza di principi normativi a contrasto della patologia ormai riconosciuta della «ludopatia» ed escludono la competenza dei comuni ad adottare atti normativi e provvedimenti volti a limitare l'uso degli apparecchi da gioco di cui all'art. 110, 6° comma, r.d. 18 giugno 1931 n. 773 in ogni esercizio a ciò autorizzato ai sensi dell'art. 86 dello stesso testo di legge, in riferimento agli art. 32 e 118 cost.>>.



## **Soccorso istruttorio e irregolarità del PEF**

Consiglio di Stato sez. III 14/6/2017, n. 2930

**Contratti pubblici - Soccorso istruttorio - Ampia latitudine applicativa - Irregolarità relative al p.e.f. - Considerato espressamente dalla lex specialis come documento non oggetto di valutazione e non rientrante tra i contenuti valutabili dell'offerta - Ammissibilità del soccorso – Fattispecie**

La tesi dell'immediata esclusione senza possibilità di soccorso non regge ove si consideri l'ampia e generalizzata latitudine applicativa della soccorribilità (ex multis, Cons. Stato, 27 ottobre 2016, n. 4528), recessiva solo a fronte di omissioni ed incompletezze riferibili all'offerta (Cons. Stato sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39, id. 7 novembre 2016, n. 445).

Nel caso di specie il PEF è stato espressamente considerato dall'amministrazione quale documento "non oggetto di valutazione", ossia non rientrante tra i contenuti valutabili dell'offerta, né sanzionato con l'esclusione, sicché il soccorso era ben possibile.

## **Avvalimento**

Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2977

**1. Contratti pubblici - Avvalimento requisiti - Avvalimento a cascata - Inammissibilità - Ragioni 2. Contratti pubblici - Avvalimento requisiti - Contratto di avvalimento - È necessario che questo abbia un oggetto che, seppur non determinato, sia tuttavia quantomeno agevolmente determinabile in base al tenore complessivo dell'atto**

1. A differenza dell'avvalimento c.d. "frazionato" in base all'art. 49 del Dlgs 163/2006 (cfr. Cons. St., V, 22 gennaio 2015 n. 277), non è possibile l'avvalimento c.d. "a cascata", che elide il necessario rapporto tra ausiliaria ed ausiliata. Infatti, la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima, cui consegue la responsabilità solidale delle due imprese per l'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare (cfr. Cons. St., IV, 24 maggio 2013 n. 2832).

2. È noto il principio, ormai fermo in giurisprudenza (cfr., per tutti, Cons. St., ad.

plen., 4 novembre 2016 n. 23; id., V, 30 marzo 2017 n. 1456), per cui ai fini della validità del contratto di avvalimento nelle gare ad evidenza pubblica, è necessario che questo abbia un oggetto che, seppur non determinato, sia tuttavia quantomeno agevolmente determinabile in base al tenore complessivo dell'atto. Infatti, dall'art. 49 del Dlg 163/2006, s'evince l'obbligo che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato mediante la compiuta indicazione delle risorse e dei mezzi prestati, oppure che tali elementi siano facilmente determinabili dal contesto in cui è maturato l'accordo. Pertanto, non è possibile giungere ad un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto, se non mercé una previa un'indagine circa gli elementi essenziali del contratto di avvalimento sulla base delle generali regole interpretative sancite dal codice civile, ed in particolare sulla scorta degli artt. 1363 e 1367 c.c. (cfr., da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 23/2016; id., IV, 2 dicembre 2016 n. 5052; id., V, 13 febbraio 2017 n. 601).

## **Confronto a coppie - 'Soluzioni progettuali migliorative' e 'varianti migliorative'**

Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2969

1. Contratti pubblici - Metodo confronto a coppie - Caratteri e modalità - Preferenze espresse dai singoli commissari - Sindacabilità limitata da parte del g.a.

2. Contratti pubblici - Criterio dell'o.e.p.v. - Soluzioni progettuali migliorative e varianti migliorative - Caratteri e differenze - Varianti migliorative - incidono sulla struttura, funzione e tipologia del progetto a base di gara e richiedono una preventiva autorizzazione della stazione appaltante, contenuta nel bando stesso - Soluzioni progettuali migliorative hanno ad oggetto gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara, e possono essere sempre e comunque introdotte in sede di offerta

1. Nel "confronto a coppie" la comparazione tra coppie di offerte è mediata dall'attribuzione da parte di ciascun commissario di un punteggio – che va da un minimo ad un massimo – a quella di esse che considera prevalente, e, in pari tempo, dà conto del grado di tale prevalenza ovvero di parità tra di esse.

Per espressa previsione delle linee guida di cui all'allagato G del Regolamento recato dal d.P.R. n.207 del 2010, al punteggio di ciascun commissario di gara

corrisponde un giudizio di preferenza variamente graduato espresso in forma lessicale che, sommato a quello degli altri commissari, individua la preferenza della commissione sull'offerta di ciascun concorrente e che vale come motivazione del punteggio finale da essa attribuito

In tal senso è del resto il costante orientamento di questo Consiglio, da cui non si ha ragione di dissentire, a mente del quale – al fine altresì di non consentire un inammissibile sindacato sul merito dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara – “non sussiste alcun vizio di motivazione laddove il metodo di valutazione è basato sul c.d.confronto a coppie” (cfr., Cons.Stato, sez.III, n.2050/2015).

È appena il caso di aggiungere che, una volta accertata la correttezza dell'applicazione del metodo del confronto a coppie ovvero quando non ne sia stato accertato l'uso distorto o irrazionale, non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati.

2. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in materia di gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti: le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, salva la immodificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla stazione appaltante (cfr., Cons. St., sez. V, 20 febbraio 2014, n. 814; Id., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160).

E' stato anche puntualizzato che le varianti progettuali migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera sono ammesse, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto (Cons. St., sez. V, 17 settembre 2012, n. 4916).

In definitiva la differenza tra varianti e soluzioni migliorative apportate dall'impresa al progetto posto a base di gara riposa sull'“intensità” e sul “grado” delle modifiche introdotte. Le varianti incidono sulla struttura, funzione e tipologia del progetto a base di gara e richiedono una preventiva autorizzazione della stazione appaltante, contenuta nel bando stesso.

Le soluzioni migliorative (o “varianti progettuali migliorative”), hanno ad oggetto gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a

base di gara, e possono essere sempre e comunque introdotte in sede di offerta. Il motivo è che esse riguardano aspetti tecnici in grado di consentire, fatto salvo il principio della par condicio, alle imprese partecipanti d'individuare – va, sottolineato, tutto vantaggio della stazione appaltante – nell'ambito delle proprie specifiche capacità e competenze, le possibili soluzioni tecniche migliori sulla base del progetto di gara.

## **Soccorso istruttorio su singola voce prezzario**

Consiglio di Stato sez. VI 19/6/2017, n. 2973

**Contratti pubblici - Soccorso istruttorio - Potere-dovere di sanare la discrasia relativa ad una singola voce del prezzario- Non compromette l'affidabilità complessiva dell'offerta né altera la par condicio**

Correttamente il Tar ha valorizzato, in via ermeneutica, l'applicazione del principio di proporzionalità, sì da ritenere che il discostamento (oltretutto in minus) del singolo prezzo offerto da quello minimo prescritto dal bando non comportasse affatto l'automatica esclusione dell'offerente. Nel rinnovato ruolo assegnato all'istituto del soccorso istruttorio come disciplinato dal nuovo codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante ha il potere-dovere (cfr. artt. 83 e ss. d.lgs. n. 50/2016) di sanare la discrasia relativa ad una singola voce del prezzario, dal momento che il soccorso, limitato ad un solo addendo dell'offerta economica, non compromette l'affidabilità complessiva dell'offerta né altera la par condicio.

## **Verbalizzazione Commissione giudicatrice**

TAR Friuli Venezia Giulia sez. I 24/6/2017, n. 219

**Contratti pubblici - Procedura di evidenza pubblica - Commissione giudicatrice - Può farsi coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, con compiti di mero supporto - Prova pratica - Necessità di adeguata verbalizzazione- Fattispecie**

Non è illegittimo che la Commissione di gara si faccia coadiuvare nell'espletamento delle attività valutative che le competono da soggetti esterni, a condizione che tali soggetti esterni si limitino a compiti di mero supporto e che l'esito finale dell'attività valutativa sia integralmente ascrivibile alla Commissione giudicatrice medesima (cfr., C.d.S., Sez. III<sup>^</sup>, sentenze n. 303/2015 e n. 4430/2015). Sennonché, nel caso di specie, (...) non è dato inferire né a quali soggetti sia stato delegato lo svolgimento delle prove pratiche, né quando queste prove pratiche siano state espletate, né se ad esse fossero presenti i membri della Commissione, né, infine, in cosa esse siano consistite. Come questo Tribunale Amministrativo ha già avuto modo di chiarire (cfr., sentenza n. 382/2015), la prova pratica, in quanto segmento della fase istruttoria della procedura di evidenza pubblica, necessita di adeguata verbalizzazione, che, in ossequio al principio di trasparenza che informa l'azione della pubblica Amministrazione, renda palese tutti gli elementi sopra indicati, oltre che, ovviamente, gli esiti della stessa. Tale verbalizzazione nel caso in esame è del tutto mancata, impedendo qualunque controllo sul tipo di attività svolta, sulla competenza dei soggetti terzi intervenuti a supporto della Commissione, sulla insussistenza di situazioni di potenziale conflitto di interessi.

## **Affidamento servizi legali**

TAR Puglia Lecce 31/5/2017, n. 875

1. Contratti della P.A. - Appalti esclusi dall'applicazione del nuovo codice dei contratti - Servizi legali - Bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale - Fattispecie
2. Contratti della P.A. - Bando di gara per l'affidamento del servizio giuridico-legale - Criterio del prezzo più basso - Illegittimità - Ragioni
3. Contratti della P.A. - Appalti esclusi dall'applicazione del nuovo codice dei contratti - Servizi legali - Principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità - Applicazione - Necessità

1. Il nuovo codice dei contratti ha mantenuto i servizi legali tra gli appalti elencati nell'allegato IX, cui si applica il regime "alleggerito" ex artt. 140 e ss., mentre all'art. 17 sono elencati tra gli appalti esclusi dall'applicazione del codice quelli di servizi concernenti cinque tipologie di servizi legali tra cui, per quanto qui interessa, quelli di "rappresentanza legale di un cliente da parte di un avvocato ai sensi dell'articolo 1 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, e successive modificazioni". Nel caso di specie, è pacifico che il bando aveva ad oggetto sia l'affidamento relativo all'attività contenziosa, rientrando nel citato art. 17, sia l'affidamento di attività stragiudiziale rientrando negli appalti di servizi di cui al citato allegato IX. Quest'ultima, soprattutto quando ha carattere generale, deve essere affidata nel rispetto delle previsioni del codice dei contratti. Nel caso in esame non è possibile apprezzare se risulti prevalente l'attività contenziosa (il cui affidamento è sottratto al codice dei contratti) o quella stragiudiziale (da affidare nel rispetto del codice dei contratti e delle altre norme dell'ordinamento applicabili) e, a ben vedere, non è neanche necessario tale accertamento poiché l'amministrazione ha inteso operare un unico affidamento sia per il contenzioso sia per l'attività stragiudiziale, di talché una siffatta scelta non poteva che comportare la necessità della procedura ad evidenza pubblica, quale che fosse l'estensione e il "peso" delle attività stragiudiziali, pena, altrimenti, la violazione delle norme che ne regolano l'affidamento. Peraltro, la ordinaria sottrazione dell'affidamento del contenzioso alle procedure del codice dei contratti non preclude certo all'amministrazione di far ricorso ad esse per propria scelta, non risultando rinvenibile un divieto in tal senso. Va da sé che la decisione di operare un unico affidamento – sia del contenzioso sia dell'attività stragiudiziale – impone il rispetto delle norme del codice dei contratti pubblici e delle altre disposizioni dell'ordinamento.

2. È illegittima la scelta dell'amministrazione comunale di procedere all'affidamento del servizio giuridico-legale con il criterio del prezzo più basso, atteso che esso non è compatibile con le disposizioni dell'art. 95 del codice – applicabile all'appalto per cui è causa – poiché il legislatore ne ha reso possibile l'applicazione solo in presenza di prestazioni ripetitive ovvero standardizzate, connotati questi che certo non possono ritenersi propri della attività legale che si caratterizza, invece, proprio per la peculiarità e specificità di ciascuna questione, sia essa contenziosa o stragiudiziale.

3. I servizi esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice dei contratti sono comunque soggetti ai "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" ex art. 4 Codice. L'applicazione dei principi di trasparenza e

di pubblicità richiedono che ogni potenziale offerente sia messo in condizione di essere a conoscenza di tutte le informazioni necessarie all'appalto in modo tale da consentire un'offerta completa ed adeguata. Nel caso in esame, l'amministrazione comunale ha omesso del tutto l'applicazione di questi principi. Infatti, nessuna motivazione è stata data in ordine alla congruità del compenso posto a base di gara, e non è stata effettuata alcuna istruttoria per determinare i parametri, quali la tipologia o quantità del contenzioso anche prendendo in considerazione gli anni precedenti, idonei per determinare il prezzo posto a base di gara e per permettere un'offerta consapevole. Infatti, l'impossibilità di predeterminare il numero e gli importi dei procedimenti contenziosi, nonché la qualità e quantità dell'attività stragiudiziale, preclude qualsiasi serio apprezzamento della congruità dell'importo a base d'asta che, almeno teoricamente, l'amministrazione avrebbe potuto confortare ove avesse fornito dati statistici desunti dall'attività svolta negli anni precedenti.

### **Punteggio numerico - Criteri di valutazione- Principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza**

TAR Liguria sez. II 23/6/2017, n. 559

1. Contratti pubblici - Valutazione delle offerte- Punteggio numerico - Sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato
2. Contratti pubblici - Commissione giudicatrice- Divieto di integrazione del bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso che non siano stati resi noti ai potenziali offerenti
3. Contratti pubblici - Individuazione di una griglia di sottoparametri di valutazione della qualità successivamente all'apertura delle offerte tecniche - Violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016

1. Nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte in sede di gara, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in

applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità (Cons. di St., V, 20.9.2016, n. 3911).

2. Alla commissione è inibito di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso che non siano stati resi noti ai potenziali offerenti, mediante adeguata pubblicità, al momento in cui presentarono le offerte (Cons. di St., III, 10.1.2013, n. 97; id., V, 1.10.2010, n. 7256).

3. La individuazione di una griglia di sottoparametri di valutazione della qualità successivamente all'apertura delle offerte tecniche integra un'evidente inversione procedimentale, che, oltre a violare palesemente i principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce sicura spia dell'eccesso di potere.

## **Gravi illeciti professionali**

TAR Valle d'Aosta 23/6/2017, n. 38

**Contratti pubblici - Requisiti generali - Gravi illeciti professionali - Esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. – Fattispecie**

In diritto deve osservarsi che l'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti da una procedura di affidamento di contratti pubblici in presenza di «gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità», con la precisazione, ai fini che qui interessano, che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, «significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata». La citata disposizione codicistica, innovando rispetto al previgente assetto normativo, prevede che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire,



anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.

Il dato assiologico che emerge appare incentrarsi sulla circostanza che, per effetto degli indicati fattori o di ulteriori elementi valutativi, emerga a carico dell'operatore economico un quadro tale da rendere dubbia la sua affidabilità.

La ratio della norma de qua risiede dunque nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrarre con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale.

### **Offerte anomale**

TAR Umbria sez. I 16/6/2017, n. 457

#### **Contratti della PA - Offerte anomale - Giustificazioni - Oggetto – Individuazione**

Ai sensi dell'art. 97, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, le giustificazioni rese dall'offerente nell'ambito del giudizio di anomalia della propria offerta devono riguardare elementi che concernono l'offerta stessa, tra cui l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti (1).

---

(1) Il Tar ha ritenuto inidonee a giustificare il notevole ribasso offerto dalla ricorrente le giustificazioni che si basano su elementi aleatori e futuri estranei all'offerta stessa, quali gli eventuali introiti che sarebbe possibile ricavare dalla vendita di un terreno ovvero dalla vendita di appartamenti da costruire sul terreno medesimo.

## **Tassatività delle cause di esclusione - Cauzione provvisoria**

TAR Lazio Roma sez. II ter 21/6/2017, n. 7206

**1. Contratti pubblici - Principio di tassatività delle cause di esclusione- Condizioni e modalità della procedura di aggiudicazione - Debbono essere formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri**

**2. Contratti pubblici - Cauzione provvisoria - Possibilità di incameramento- Riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario- Fatto dell'affidatario - Qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile- Fattispecie**

1. Il principio di tassatività delle cause di esclusione, previsto dall'art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. 163/2006, impone alle stazioni appaltanti di escludere i concorrenti dalle gare d'appalto soltanto nei seguenti casi: in caso di mancato adempimento alle prescrizioni di legge vigenti; nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. La Corte di giustizia sez VI, 2 giugno 2016, causa C 27/15, nell'intervenire ancora sul tema della rigorosa predeterminazione delle cause di esclusione, ha sostanzialmente confermata la bontà della regola scolpita nell'art. 46 comma 1 bis del codice previgente, che ha formalizzato tali indicazioni in termini più facilmente applicabili, ribadendo che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione debbono essere formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione. In tale ottica, gli stessi principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti. Nel caso di specie, le condizioni e le modalità di valutazione delle offerte nonché le conseguenze in

caso di mancata corrispondenza dell'offerta tecnica rispetto a quanto dichiarato in elenco, erano state formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel disciplinare di gara. Sennonché, l'offerta tecnica è risultata, all'esito delle verifiche, carente di un elemento essenziale che ha impedito di identificarne l'effettivo e reale contenuto, al punto da sovrapporsi all'ipotesi delineata dalla fonte normativa (art. 46, c. 1 bis cit.) ed incorrere per ciò stesso nella sanzione espressamente contemplata dalla *lex specialis*.

2. La possibilità di incamerare la cauzione provvisoria (che discende direttamente dall'art. 75, D.Lgs n. 163 del 2006) riguarda tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile (Tar Lazio, sez. I, 20/10/2016, n. 10465); dunque, non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali o l'incongruenza palese dell'offerta tecnica rispetto alla realtà effettiva quale appurata all'esito dei controlli propedeutici alla stipula del contratto e che hanno impedito il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva.

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, assolve infatti ad una funzione strettamente sanzionatoria in caso di inadempimenti procedurali del concorrente e, segnatamente, per mancata comprovazione delle dichiarazioni rese (Consiglio Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica circa il possesso dei requisiti dichiarati in gara o la corrispondenza dei dati accertati rispetto all'offerta praticata. La giurisprudenza è concorde nel ritenere, in questi casi, che l'esclusione dalla gara e l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenti atto dovuto.

In altre parole, la escussione della cauzione "deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito" (Cons. Stato, Sez. V. 29 aprile 2003, n. 2190), senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua possidenza che sia stata, però, comprovata tardivamente rispetto ai termini legali, ovvero in difformità alle regole della *lex specialis*, atteso che a fronte di un comportamento dovuto nessun rilievo può assumere il carattere psicologico della violazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 gennaio 2008, n. 184).

E' stato anche chiarito in giurisprudenza, che in tema di affidamento di appalti di lavori pubblici, l'art. 48 del D.Lvo n. 163/2006 non distingue tra inadempimento

formale (per errore o altro) e inadempimento sostanziale (consistente nell'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per l'aggiudicazione della gara), con l'effetto che non solo l'esclusione dalla procedura, ma anche l'incameramento della cauzione conseguono automaticamente alle riscontrate irregolarità.

### **Risarcimento del danno**

TAR Lazio Roma sez. III ter 21/6/2017, n. 7234

**Contratti pubblici - Aggiudicazione - Richiesta di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione - Onere della prova sia dell'an che del quantum - Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 2017**

In tema di quantificazione e liquidazione del danno da mancata aggiudicazione di un pubblico appalto, vanno in questa sede ribaditi i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa e, da ultimo, definitivamente chiariti con il recente arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 2 del 2017) che di seguito si ripropone nei suoi tratti salienti. Anzitutto, il danneggiato – ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, cod. proc. amm. – deve offrire la prova sia dell'an che del quantum del danno che assume di aver sofferto. Nel caso di mancata aggiudicazione, il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta quindi all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, cod. proc. amm.). In tale quadro la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità, o di estrema difficoltà, di una precisa prova sull'ammontare del danno. La prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni, purché siano offerti elementi indiziari dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza; mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici. Con specifico ri-

ferimento al quantum da risarcire, poi, l'Adunanza plenaria ha recisamente escluso la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, "sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo)"; ed anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulle somme liquidate a titolo di lucro cessante. Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa: in difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che li avrebbe potuti riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum. Tale ripartizione dell'onere probatorio in materia di aliunde perceptum, pur nella consapevolezza che quest'ultima voce rappresenta un fatto impeditivo del danno, è dalla giurisprudenza considerata valida nel settore degli appalti, potendosi qui invocare la presunzione secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative traendone utili, non essendo ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione; peraltro, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum. Pertanto, in mancanza di prova contraria, deve ritenersi che l'impresa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria (così, ancora, Cons. Stato, ad. plen., sent. n. 2 del 2017).

## Affidabilità professionale - Avvalimento requisito qualità

TAR Sicilia Catania sez. III 20/6/2017, n. 1486

**1. Contratti pubblici - Requisiti generali - Accertamento del possesso del requisito di partecipazione- Poteri di verifica della stazione appaltante- Giudizio circa l'affidabilità professionale dell'impresa - Costituisce espressione di un ampio potere discrezionale 2. Contratti pubblici - Avvalimento - Istituto che mira ad incentivare la concorrenza- Può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità"**

1. L'accertamento del possesso del requisito di partecipazione avviene, in via primaria e autonoma, attraverso i poteri di verifica della stazione appaltante, che può a tal fine avvalersi di ogni mezzo di prova, e (...) il giudizio circa l'affidabilità professionale dell'impresa costituisce espressione di un ampio potere discrezionale, essendo rimessa alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente (cfr. Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, cit.).

2. Se si tiene conto:

- che, nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento è un istituto che mira ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti, ragione per cui deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della relativa disciplina;

- che l'avvalimento, in linea generale, può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di "qualità" (cfr., in tal senso e con riferimento all'avvalimento della certificazione ISO posseduta d'impresa ausiliaria, Cons. St. III<sup>^</sup>, nr. 2344 del 2011);

- che il combinato disposto degli artt. 49 comma 1, e 50 comma 4, d.lgs 163/2006, stabilisce come l'avvalimento si applichi ai sistemi legali vigenti di attestazione o di qualificazione nei servizi e forniture;

(se si tiene conto di quanto sopra), deve convenirsi, ai fini dell'utilizzo della fascia di classificazione posseduta dall'impresa ausiliaria, sulla legittimità del ricorso all'avvalimento se il bando, come si verifica nel caso di specie, non contenga espressi divieti in tal senso.

Ciò risulta, d'altra parte, confermato dalla giurisprudenza ( cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 2 dicembre 2016, n. 1201 e TAR Lazio, Roma, sez. I ter, 12.05.2011, n. 4145), nonché dal pertinente parere ANAC 23 febbraio 2012, n. 22.

L'Autorità richiamata ha testualmente affermato che "...deve ritenersi che il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese e nell'albo delle imprese artigiane di

pulizia, di cui al D.M. n. 274/97 sia suscettibile di dimostrazione mediante avvalimento. Questa Autorità, di recente, ha avuto modo di affermare che l'iscrizione in albi o elenchi del genere di quello indicato, non solo non rientra tra i requisiti generali tassativamente previsti dall'art. 38 del Codice, ma neppure comporta di per sé l'esigenza di accertare e certificare il possesso dei cosiddetti requisiti morali, essendo piuttosto rilevanti, ai fini dell'iscrizione, valutazioni di tipo tecnico, professionale ed economico (cfr. in particolare, per la qualificazione delle imprese di pulizia, i presupposti disciplinati dagli artt. 2 e 3 del regolamento del 1997): in tale ipotesi, come in tutti i casi in cui venga in questione la dimostrazione di un requisito di capacità tecnica ed economica, non può legittimamente negarsi ai concorrenti, singoli o associati, il ricorso all'avvalimento ai sensi dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, che deve trovare la più ampia e generalizzata applicazione, alla luce del costante insegnamento della giurisprudenza comunitaria e nazionale in materia di appalti (cfr., in questi termini: A.V.C.P., deliberazione 9 febbraio 2011 n. 22, relativa all'avvalimento per l'iscrizione all'albo regionale delle associazioni per la protezione degli animali).".

### **Risarcimento del danno e spese di partecipazione alla gara**

TAR Lazio Roma sez. III quater 21/6/2017, n. 7205

**Contratti pubblici - Aggiudicazione- Ricorso giurisdizionale con richiesta di risarcimento del danno corrispondente alle spese di partecipazione alla gara- Onere di specifica dimostrazione**

Quanto ai danni corrispondenti alle spese di partecipazione alla gara, anche ove esse fossero per ipotesi ritenute rimborsabili in relazione alla domanda concretamente articolata (cfr. Tar Lazio, III ter, sentenza 22 dicembre 2015, n. 14451), non possono in concreto essere riconosciute, in quanto non documentate a fronte della specifica contestazione mossa sul punto dall'Amministrazione.

## Accesso agli atti

TAR Puglia Bari sez. III 20/6/2017, n. 679

**1. Contratti pubblici - Diritto all'accesso - Deve comunque essere assicurato a prescindere dall'effettiva utilità che il richiedente ne possa trarre e, dunque, è ammissibile anche quando siano decorsi i termini per l'impugnazione o se la pretesa sostanziale che sottende l'accesso sia infondata- Secondo graduato- Posizione particolarmente qualificata**

**2. Contratti pubblici - Diritto all'accesso - Articolo 53, comma 5, lettera a) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - Differimento dell'accesso fino all'aggiudicazione - Esclusione per segreti tecnici o commerciali- Fa eccezione l'accesso difensivo**

1. Come già affermato in precedente pronuncia della Sezione, citata anche da parte ricorrente, (sentenza n. 895/2016) "l'accesso, in quanto strumentale ad imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa (art. 22, comma 2, L. n. 241/1990) nei confronti sia di titolari di posizioni giuridiche qualificate che di portatori di interessi diffusi e collettivi (art. 4 DPR n. 184/2006), deve comunque essere assicurato a prescindere dall'effettiva utilità che il richiedente ne possa trarre e, dunque, è ammissibile anche quando siano decorsi i termini per l'impugnazione o se la pretesa sostanziale che sottende l'accesso sia infondata".

Il soggetto ricorrente, inoltre, quale secondo classificato in graduatoria, per giurisprudenza consolidata, riveste "una posizione particolarmente qualificata nell'ambito della procedura di gara" e solo per questo "il diritto di accesso dal medesimo esercitato si configura strumentale ad un'eventuale azione giudiziaria, così da dover essere in ogni caso assentito" (T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, 15 gennaio 2013, n. 116).

2. Il Collegio ritiene, (...) dirimente ai fini della presente decisione il richiamo dell'art 53 del codice degli appalti, in particolare, dei commi 5, lett. a), e 6 dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016. Più specificamente, tale norma– dopo aver previsto che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 – contiene una serie di prescrizioni specifiche in materia di procedure di aggiudicazione. Innanzitutto, sancisce che, in relazione alle offerte, il diritto di accesso è differito fino all'aggiudicazione. Prevede inoltre che "il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione sono esclusi in relazione: a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione



dell'offerente, segreti tecnici o commerciali" (art. 53 comma 5 lett a), già contenuto nell'art. 13, comma 5 lett. a), del D.Lgs. 163/2006). Tuttavia, anche in relazione a tale ipotesi, consente l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (art. 53 comma 6).

### **Valutazione offerte tecniche - Punteggio numerico - Integrazione criteri motivazionali**

TAR Liguria sez. II 14/6/2017, n. 524

- 1. Contratti pubblici - Criterio dell'o.e.p.v. - Valutazione offerte tecniche - Punteggio numerico - Sufficiente motivazione - Condizioni – Individuazione**
- 2. Contratti pubblici - Criterio dell'o.e.p.v. - Valutazione offerte tecniche - Commissione giudicatrice - Possibilità di integrazione dei criteri di valutazione mediante griglia di sottoparametri - Illegittimità**

1. Nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte in sede di gara, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità (Cons. di St., V, 20.9.2016, n. 3911).

2. Alla commissione è inibito di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso che non siano stati resi noti ai potenziali offerenti, mediante adeguata pubblicità, al momento in cui presentarono le offerte (Cons. di St., III, 10.1.2013, n. 97; id., V, 1.10.2010, n. 7256); la individuazione di una griglia di sottoparametri di valutazione della qualità successivamente all'apertura delle offerte tecniche integra un'evidente inversione procedimentale, che, oltre a violare palesemente i principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce sicura spia dell'eccesso di potere.

## **Offerte a pari merito - Esperimento miglioria**

TAR Sicilia Catania sez. IV 16/6/2017, n. 1454

**Contratti pubblici - Offerte a pari merito - Lex specialis - Mancata previsione esperimento miglioria ex art. 77 r.d. 827/1924 - Eterointegrazione ex art. 1339 c.c. - Fattispecie**

La mancata previsione nella lettera di invito dell'esperimento della procedura di "miglioramento" delle offerte prevista dall'invocato art. 77 del R.D. 827/1924, deve essere colmata attraverso il meccanismo di eterointegrazione della lex specialis previsto dall'art. 1339 c.c., che nel caso di specie risulta doverosa in considerazione di un duplice fattore: a) da un lato, viene inserita nella lex specialis una ben individuata nuova fase procedurale, prevista da una norma imperativa posta a presidio dell'interesse pubblico alla "ottimizzazione" dell'offerta, a tutto vantaggio sia della pubblica amministrazione che dell'utenza; b) dall'altro lato, non sussistono esigenze di tutela dell'affidamento dei concorrenti che confliggono con l'applicazione dell'istituto in esame (esigenze che, invece, ad esempio, ricorrono allorquando l'integrazione del bando porterebbe all'esclusione dalla gara di uno o più concorrenti responsabili di non aver soddisfatto alcuni requisiti di ammissione non indicati nel bando ma previsti, appunto, dalla norma integrativa).

## **Diritto all'accesso - Interesse giuridicamente rilevante**

TAR Puglia Bari sez. III 16/6/2017, n. 677

**Contratti pubblici - Accesso agli atti - Limiti intrinseci alla sindacabilità delle ragioni poste a fondamento dell'accesso - Interesse giuridicamente rilevante - Rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione - Legittimazione all'accesso - Non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante**

Più volte questo Tribunale ha ribadito, sulla scorta di pacifica giurisprudenza che l'accesso è oggetto di un diritto soggettivo di cui il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva. Il giudizio ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Infatti, il giudice può ordinare l'esibi-

zione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'amministrazione e ordinandole un facere pubblicistico, solo se ne sussistono i presupposti (art. 116, comma 4, Cod. proc. amm.). Il che implica che, al di là degli specifici vizi e della specifica motivazione dell'atto amministrativo di diniego dell'accesso, il giudice deve verificare se sussistono o meno i presupposti dell'accesso, potendo pertanto negarlo anche per motivi diversi da quelli indicati dal provvedimento amministrativo [Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 117]. Sicché il giudice può anche ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione (ex multis Cons. St. Sez. VI 19 gennaio 2012 n. 201). Chiarito quanto sopra, gioverà ricordare che la copiosa giurisprudenza in tema di diritto di accesso si è più volte pronunciata anche in ordine ai limiti intrinseci alla sindacabilità delle ragioni poste a fondamento dell'accesso (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55), facendo presente "che l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso non solo non deve necessariamente consistere in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, dovendo solo essere giuridicamente tutelato purché non si tratti del generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa e che, accanto a tale interesse deve sussistere un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione. Questo rapporto di strumentalità deve però essere inteso in senso ampio, ossia in modo che la documentazione richiesta deve essere mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse. Pertanto, l'interesse all'accesso ai documenti deve essere considerato in astratto, escludendo che, con riferimento al caso specifico, possa esservi spazio per apprezzamenti in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale proponibile. La legittimazione all'accesso non può dunque essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata.". In proposito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito (cfr. Sezione V, 27 settembre 2004, n. 6326; 24 maggio 2004, n. 3364; 1° giugno 1998, n. 718; 15 giugno 1998, n. 854; Sezione IV, 17 gennaio 2002, n. 231) che la tutela del diritto all'informazione e alla conoscenza dei documenti della Pubblica Amministrazione assicurata dal Legislatore con le norme sull'accesso non può dilatarsi al punto da imporre alla P.A. un vero e proprio facere, che esula completamente dal concetto di accesso configurato dalla legge, consistente soltanto in un pati, ossia nel lasciare prendere visione ed al più in un facere meramente strumentale, vale a dire in quel minimo di attività materiale che occorre per estrarre i documenti indicati dal richiedente e metterli a sua disposizione.

## **Cessione d'azienda in ipotesi di fallimento**

Corte di Giustizia Europea sez. III 22/6/2017, n. C-126/16

Rinvio pregiudiziale - Direttiva 2001/23/CE - Articoli da 3 a 5 - Trasferimenti d'impresa - Mantenimento dei diritti dei lavoratori - Eccezioni - Procedura d'insolvenza - "pre-pack" - Sopravvivenza di un'impresa

La direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, e in particolare il suo articolo 5, paragrafo 1, deve essere interpretata nel senso che la tutela dei lavoratori garantita dagli articoli 3 e 4 di tale direttiva permane in una situazione, come quella di cui al procedimento principale, in cui un'impresa sia trasferita in seguito ad una dichiarazione di fallimento nell'ambito di un pre-pack, preparato anteriormente a detta dichiarazione e realizzato immediatamente dopo la pronuncia di fallimento, nell'ambito del quale, in particolare, un «curatore designato», nominato da un giudice, esamina le possibilità di un'eventuale prosecuzione delle attività dell'impresa ad opera di un terzo e prepara azioni da svolgere subito dopo la pronuncia di fallimento per realizzare tale prosecuzione, e inoltre che non è rilevante, a tal riguardo, che l'obiettivo perseguito da tale operazione di pre-pack miri anche a massimizzare gli introiti della cessione per l'insieme dei creditori dell'impresa in oggetto.

## **Energia prodotta da fonti rinnovabili**

Corte di Giustizia Europea sez. II 22/6/2017, n. C-549/15

Rinvio pregiudiziale - Promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili - Biocarburanti usati per il trasporto - Direttiva 2009/28/CE - Articolo 18, paragrafo 1 - Sistema di "equilibrio di massa" destinato a garantire che il biogas soddisfi i criteri di sostenibilità prescritti - Validità - Articoli 34 e 114 TFUE - Normativa nazionale che richiede che l'equilibrio di massa venga raggiunto all'interno di un luogo chiaramente delimitato - Prassi dell'autorità nazionale competente che ammette che tale condizione possa essere soddisfatta qualora il biogas sostenibile sia trasportato tramite la rete di gas nazionale - Ingunzione di detta autorità che esclude che la medesima condizione possa essere soddisfatta in caso di importazioni provenienti da altri Stati membri di biogas sostenibile tramite le reti di gas nazionali interconnesse - Libera circolazione delle merci

L'articolo 34 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a un'ingiunzione, quale l'ingiunzione in esame nel procedimento principale, con cui un'autorità nazionale intende escludere che un operatore economico possa istituire un sistema di equilibrio di massa, a norma dell'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2009/28, riguardo al biogas sostenibile trasportato in reti di gas nazionali interconnesse, in forza di una disposizione adottata da tale autorità e secondo cui un siffatto equilibrio di massa deve essere raggiunto «all'interno di un luogo chiaramente delimitato», mentre invece detta autorità ammette, in base alla disposizione citata, che un sistema di equilibrio di massa possa essere istituito riguardo a biogas sostenibile trasportato nella rete di gas nazionale dello Stato membro cui appartiene la stessa autorità.